

## ¿VIOLA EL DISCURSO PRO ABORTISTA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD? \*

Santiago Madalena Solimano \*\*

### RESUMEN

El presente trabajo trata de efectuar un análisis acerca de los fundamentos del discurso pro abortista, en forma paralela a una revisión de los fundamentos teóricos y de las heterogéneas concepciones del Principio de Igualdad, para finalmente cotejar ambos discursos y ratificar o rectificar la tesis que da título al trabajo. Para abordar el este estudio se recurrirá a categorías provenientes Teoría del Lenguaje.

### PALABRAS CLAVE

Principio de Igualdad, aborto, teoría del lenguaje, Derecho penal, persona humana.

### SUMARIO

I) Introducción. II) Principio de Igualdad. III) Fuentes de desigualdad en el Derecho Penal IV) Ética y Derecho V) Discurso pragmático VI) Discurso ético-existencial VII) Discurso práctico-moral VIII) Otra forma de desigualdad: el diálogo en el DPA. IX) Conclusiones X) Bibliografía

## I) Introducción

### *Objetivos*

Nuestro *thema* consistirá en responder a la pregunta que titula al trabajo. No buscamos efectuar un análisis del Derecho Positivo, por lo que cada vez que nos remitamos al mismo lo haremos a modo de notas al pie. Posiblemente las únicas disposiciones que nos interesen sean las que consagran el derecho a la vida, el principio de igualdad y la protección de la vida. Nos centraremos en el discurso pro abortista (DPA), tanto jurídico -verificado en los ordenamientos que permiten el aborto- como en cualquier otra expresión con el mismo contenido.

El propio Perelman toma al DPA para demostrar que el Derecho positivo no siempre refleja la realidad jurídica auténtica de un Estado. Supuestos en los cuales las sociedades aparecen claramente divididas en un determinado asunto, generan en el gobierno la intención de satisfacer a todas las partes, y al mismo tiempo, no generar reacciones que sean negativas. Se produce entonces una "aplicación selectiva de la ley", para generar una costumbre, y en un futuro eventual, adaptar los textos legales para que coincidan efectivamente con la realidad. De esta forma, los primeros Estados en modificar su legislación y despenalizar el aborto fueron los protestantes, aunque ese proceso fue retardado por la Iglesia Católica. En los Países Bajos sin embargo, en los cuales existía una importante población católica se optó, en vez de modificar la ley, por determinar políticamente al Ministerio Público a no denunciar los abortos hospitalarios. Ello fue

---

\* Fecha de recepción: 4 de marzo de 2008. Fecha de aceptación: 7 de julio de 2008.

\*\* Procurador egresado de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Correo Electrónico: smadalena@adinet.com.uy

consecuencia de que el gobierno quiso evitar los efectos negativos de las probables dilaciones<sup>1</sup>.

### *Metodología*

Para realizar este trabajo nos enfrentaremos al Derecho como ciencia social. Por un lado, debido a que la técnica jurídica no ofrece ninguna utilidad si no es puesta en contacto con la otra variable, igual de importante que ella, que es la aplicación en la función social, que vivifica al Derecho. Por el otro, y fundamentalmente, debido a que como enseña Recasens Sichés los hechos que regula responden a una lógica distinta a la de las matemáticas: tanto el proceso creacional como aplicativo de la norma jurídica, se diferencia de la "lógica racional" para enmarcarse dentro de la "lógica de lo humano o de lo razonable"<sup>2</sup>.

De esta forma, surgen movimientos como el de la "nueva retórica", que desplazan los discursos de tipo apodíctico hacia los sistemas axiomatizados. El resto de los discursos, desde el filosófico al político, y pasando evidentemente por el jurídico, son inmersos por este enfoque en el vasto ámbito de la retórica. Cualquiera sea la índole del razonamiento humano, siempre que tenga como objeto hechos, opiniones, creencias, decisiones o valores, deja de ser visto como obediente a una lógica de tipo absoluto y es traspasado al ámbito de lo afectivo, de la motivación práctica y finalmente de la valoración histórica, estando dichos elementos en permanente interrelación<sup>3</sup>.

Ello es precisamente lo que buscamos en este trabajo. Sería iluso sostener que no procuramos una finalidad persuasiva. Pero dicha persuasión no debe observarse rodeada de un aura de engaño, sino que se trata como dice Eco, de una "técnica de la interacción discursiva racional". La misma siempre quedará sujeta a la discusión y a la duda, ambas dominadas por condicionamientos de tipo extralógico. Y como expresa Meliante, el fenómeno discursivo del Derecho no sólo es siempre lingüístico y semiótico, sino que además "hermenéutico-histórico"<sup>4</sup>, por lo que en determinadas ocasiones nos referiremos al ámbito de la historicidad.

### *Punto de partida: Diferente tratamiento al concebido*

Esta es la premisa de la cual vamos a partir. Para ello nos serán de utilidad las reglas de la racionalidad que Alexy edicta para el discurso práctico: toda afirmación debe ser justificada a menos que

<sup>1</sup> PERELMAN, Chaim: *Lógica Jurídica* Trad. Virginia K. Pupi, Ed. Martin Fontes, 3a ed. São Paulo, 2000, pág. 189

<sup>2</sup> RECASENS SICHES, Luis: *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2ª. Edic., Ed. Porrúa, México D.F., 1973, pág. 33.

<sup>3</sup> ECO, Humberto: *Tratado de Semiótica General*, Trad. Carlos Manzano, Quinta Edición, Ed. Lumen, España., 2000, pág. 387

<sup>4</sup> MELIANTE GARCÉ, Luis: *Semiótica y Derecho Penal*, Prólogo de Oscar Sarlo, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2003, pág. 19.

podamos justificar porque no damos razones<sup>5</sup>. Y esto último es justamente lo que haremos. No nos detendremos en recurrir al derecho positivo ni a aspectos similares para probar que el tratamiento al concebido es diferente que el otorgado al nacido. Se trata de una situación de hecho, conocida por todos.

*Punto de llegada: El Diferente tratamiento al concebido configura una violación del principio de igualdad*

Es ahora cuando nos introducimos en el aspecto que más nos interesa. La afirmación requerirá una justificación, la cual será desarrollada a lo largo del trabajo. Pero para arribar a una conclusión, se hará necesario antes conocer sustancialmente el concepto de "principio de igualdad" e inmediatamente las formas de desigualdad que el Derecho tolera. Luego nos adentraremos en aspectos éticos y morales, para después centrarnos definitivamente en los distintos tipos de DPA y analizar allí si se produce o no una violación.

## II) Principio de igualdad

Es lugar común en la mayoría de los autores modernos, el dar un concepto de la "igualdad" y referirse al mismo momento a la desigualdad. Nos dice Dahl que la igualdad de los seres humanos es fundamental desde la perspectiva moral. Sin embargo, desde un punto de vista empírico, fáctico o descriptivo, son desiguales<sup>6</sup>. De la misma forma, Dworking expresa que el concepto de igualdad es un "popular pero misterioso ideal político". Ello es consecuencia de que las personas pueden llegar a ser iguales (o al menos, aclara el autor, más iguales) en determinadas áreas, pero ello aparejará como derivación que se volverán desiguales (o, nuevamente precisa, más desiguales) en otras<sup>7</sup>. Finalmente, Rawls aclara que el concepto debe ser delimitado de otros sentidos de igualdad que pertenecen a un ideal social más abarcador<sup>8</sup>.

La igualdad aparece limitada por muchos aspectos, algunos de ellos no lo suficientemente tratados por la literatura científica. Una interesante enumeración de dichas causas "olvidadas" efectúa Dahl. Por ejemplo, hace referencia a la suerte. En este sentido, la vida de los seres humanos cambia totalmente según las contingencias del nacimiento. En tiempos antiguos podría haber significado una vida en libertad o una siendo esclavo. Y hasta en las actuales sociedades democráticas, la suerte que se tenga al nacer puede determinar toda una vida sufrimientos o placeres. Las limitaciones a la igualdad también provienen de la condición humana. Así, futuras generaciones

<sup>5</sup> ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica* (edición en portugués), Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Livraria Editora e Distribuidora, São Paulo, 2001, pág. 189

<sup>6</sup> DAHL, Robert: "Equality versus Inequality", *Political Science and Politics*, American Political Science Association. Vol. 29, Número 4. Diciembre, Washington D. C. 1996, pág. 639

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald: "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 3, Princeton University Press, 1981, pág. 185

<sup>8</sup> RAWLS, John: "Justice as Fairness" *The Philosophical Review*, Vol. 67 N° 2, Cornell University, Nueva York, Princeton, 1958, pág. 165.

conocerán más del ser humano de lo que hoy nos conocemos a nosotros mismos<sup>9</sup>. Para comprender el concepto -o conceptos- de igualdad se hace imperiosa la necesidad de un análisis puntualizado.

#### *Análisis sincrónico y diacrónico del principio de igualdad*

Podríamos decir, *grosso modo*, que existen distintos conceptos de igualdad. Esta afirmación sin embargo, merece una serie de aclaraciones imprescindibles para la continuación de este trabajo. Para ello nos resultan ahora de utilidad las categorías saussurianas de análisis diacrónico y análisis sincrónico. Como toda ciencia que opera con valores es posible aquí distinguir dos ejes distintos: en el eje de las simultaneidades, analizaremos la relación entre las cosas coexistentes, a la cual es ajena la intervención del tiempo (análisis sincrónico); en el eje de las sucesiones, será posible analizar más de una cosa a la vez, pero adonde se encuentran ubicadas todas las cosas del eje anterior con sus respectivos cambios<sup>10</sup>.

Pero como veremos, con respecto al concepto (o conceptos) de "igualdad", sucede algo similar que con el de "Derechos Humanos". En ambos casos, las ideas se han ido desarrollando en el plano diacrónico, constando con diferentes contenidos, pero al llegar al plano sincrónico, todos ellos se han mantenido aunque separadamente. De esta forma, encontramos que se habla Derechos Humanos de primera, segunda y tercera generación, con lo que se hace referencia a los dos ejes antedichos.

Sucede que el término "generación" constituye un lexema polisémico, esto es, se hallan presentes más de un semema en el mismo lexema<sup>11</sup>. Hay entonces una homonimia homográfica ya que se produce en el nivel textual. El primer semema, relacionado al eje sincrónico, se refiere a "Cada una de las fases de una técnica en evolución, en que se aportan avances e innovaciones respecto a la fase anterior"; el segundo semema es ajeno al plano temporal, por lo que se encuadra en el eje sincrónico, y refiere a "Casta, género o especie"<sup>12</sup>. De esta forma la ambigüedad, problema típico del lenguaje natural y por ende del lenguaje del Derecho, es utilizada a propósito para simbolizar dos aspectos. Como consecuencia de ello, encontramos pertinente (para este trabajo) la utilización de aquel lexema con relación al concepto de igualdad.

No será necesario ningún mecanismo de desambiguación o de desembrague para aclarar a que tipo de "generación" nos estamos refiriendo, ya que como veremos, las distintas concepciones del principio de igualdad se han ido produciendo como consecuencia del

<sup>9</sup> DAHL, Robert: Op. cit. Pp. 639 y ss.

<sup>10</sup> SAUSURRE, Ferdinand de: *Curso de Lingüística General*, Traducción, prólogo y notas de Amado Alonso, 24ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1945, pág. 106

<sup>11</sup> ALBANO & LEVIT & ROSENBERG: *Diccionario de Semiótica*. Ed. Quadratta, Buenos Aires, 2005, pág. 182

<sup>12</sup> Voz: "Generación", Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Edición.

devenir histórico. En términos marxianos, el nivel de la infraestructura aparecerá claramente determinando el concepto normativo jurídico –en la superestructura- de igualdad.

### *Igualdad de primera generación*

Desde sus orígenes, el término "igualdad" estuvo vinculado al de "democracia". Pero es en la Grecia del s. V a.c. donde dicha vinculación resulta más llamativa. Sucede que en los albores de la filosofía y política griega, la democracia no era *demos kratos* sino *demokratía*, término este último que era utilizado como sinónimo isonomía, derivado de *isos* (igual) y *nomos* (ley)<sup>13</sup>. En definitiva, igualdad para todos ante la ley.

Esta igualdad se corresponde con el concepto relativamente moderno de "*due process of law*": implicaría que la ley no puede dejar por fuera ningún supuesto de hecho en que la misma se torne aplicable o, lo que es lo mismo, que toda ley debe ser obedecida.<sup>14</sup> Es la que primero aparece en el tiempo, y tiene como premisa ineludible que una norma (de cualquier especie) haya asignado derechos a un sujeto. Quizá la primera formulación de la misma haya sido en la *Magna Carta* (año 1215) de Juan sin Tierra: "*No free man shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.*"

En la infraestructura, nos encontramos con el rey Juan, que luego de la derrota con el Papa Inocencio III, se vio obligado a firmar la Carta en beneficio de los barones, quienes se aprovecharon de dicha oportunidad. A diferencia de la concepción popular de dicho documento, no se trata para nada de una declaración de derechos fundamentales para todos los hombres sino de un "convenio feudal": el rey se obliga a *respetar* los derechos tradicionales de los súbditos, o sea derechos que ya poseían<sup>15</sup>.

En definitiva, la igualdad de primera generación constituye un principio únicamente obligatorio para aquellos que aplican la ley y no a quienes la crean.

Resulta productivo citar aquí una discusión producida entre dos Profesores norteamericanos. El primero de ellos (Peter Westen) sostuvo que la idea de igualdad configura un concepto "vacío". Esto significaría que más allá de conceptos como el del debido proceso legal, el concepto de igualdad queda totalmente hueco<sup>16</sup>. Esta noción fue rebatida por Anthony D'Amato, quien elabora el siguiente

---

<sup>13</sup> FASSÓ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho t. 1 Antigüedad y Edad Media*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, pág. 27

<sup>14</sup> ALEX, Robert: Op. cit. pág. 382

<sup>15</sup> MCNALL BURNS, Edward: *Civilizaciones de occidente. Su historia y cultura. T.1*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte 1947, pág. 309.

<sup>16</sup> WESTEN, Peter: " The Empty Idea of Equality " *Harvard Law Review* 537 n° 95, Massachusetts, 1982

ejemplo: una ley, con la finalidad de evitar el excesivo consumo de gasolina, ordena que aquellos conductores de automóviles cuya matrícula sea un número impar podrán cargar gasolina durante los días de semana, mientras que aquellos cuyo número sea par, sólo podrán hacerlo los fines de semana.

De esta forma, probablemente la mitad de los automovilistas de ese Estado tendrán más posibilidades de cargar gasolina. Posiblemente aquellos con matrícula par se junten y deduzcan una acción de inconstitucionalidad. Ellos tendrían derecho a un debido proceso, pero no triunfarán porque se trata de una ley aplicada de acuerdo al principio de igualdad. Sin embargo, lo que aumentarán los damnificados será que no han sido tratados de igual forma que otros sujetos en su misma condición. Frente a esto se podría contestar que no se encuentran en la misma situación precisamente en base al supuesto de hecho de la norma: sus matrículas son divisibles entre dos. Lo que sucede, es que la diferenciación no puede ser arbitraria. Sólo cuando la diferenciación establecida por la norma no es arbitraria, es que el principio de igualdad queda vacuo<sup>17</sup>.

#### *Igualdad de segunda generación*

Lo anterior nos sirve para introducirnos en una segunda concepción, que refiere a la sustancialidad del concepto de igualdad. Es la enunciada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*". Esta eliminación de la desigualdad responde a las necesidades de la burguesía. El Derecho feudal y luego monárquico se hallaba plagado de desigualdades a favor de la nobleza, lo que hacía imposible cualquier atisbo de libre competencia. El propio Estado debía ser sometido a la ley, y para ello los fundamentos de los autores contractualistas. El catálogo de derechos enunciado por la *Déclaration* enunciaba todas y cada una de esas necesidades liberales, enmarcada en la lucha contra el absolutismo. Y como aclara Kühnl, la función del Estado debe limitarse a la "ordenación", y no a la "configuración", por lo que no eran imaginables normas que respondieran a la protección de determinados grupos indefensos como los obreros<sup>18</sup>.

#### *Igualdad de tercera generación*

Naturalmente, el hecho de que todas las personas deban ser tratadas en igual forma por el legislador, no significa que las leyes no puedan establecer determinadas diferenciaciones. Como gráficamente aclara Alexy: "La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones Jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales,

---

<sup>17</sup> D'AMATO, Anthony: "Is Equality a Totally Empty Idea?" en *Michigan Law Review*, Vol. 81No. 3, Michigan, 1983, pág. 600 y ss

<sup>18</sup> KÜHNEL, Reinhard: "El Liberalismo" en *Introducción a la Ciencia Política*, coord. Wolfgang Abendorth y Kurt Lenk, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 59 y ss.

disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias"<sup>19</sup>: todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe. ¿Dónde hallamos el comienzo de esta distinción? En el resquebrajamiento del Estado liberal "puro". Ahora, como dice Kammler, pasa al primer lugar la función configuradora del Estado: los derechos liberales fundamentales deben ser determinados en atención a la evolución social, por lo que deben ser democratizados<sup>20</sup>.

Esta concepción es totalmente aceptada y se vincula con el concepto de justicia social, siendo además aplicación de la justicia distributiva. En el plano político, nos dice Sartre: "es verdad que tengo ciertos poderes reales. ¿Pero cómo decidir si se los debo a la Constitución o a que pertenezco a la clase privilegiada?"<sup>21</sup>. Desde la teoría del Derecho, Rawls observa: "la justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad"<sup>22</sup>.

#### *Igualdad de cuarta generación*

Como consecuencia natural, encontramos que en la elaboración de las normas, se propenderá a tratar a todas las personas de igual forma, pero con la precaución antedicha: es posible efectuar determinadas diferenciaciones. Se llega entonces a un concepto superior, viendo al principio de igualdad como requerimiento de tratar en igual forma a lo igual, y en diferente forma a lo diferente. Pero ello tampoco aporta mucho, ya que las leyes podrían efectuar cualquier forma de discriminación sin necesidad de violar dicho principio, siempre que lo hiciera bajo la forma de norma universal. ¿Cuándo se llega a un principio de igualdad realmente vinculante al legislador? Precisamente si la igualdad deja de ser vista como exigencia de tipo lógico, y pasa a tener un fundamento material, no formal<sup>23</sup>.

El juicio de igualdad es siempre parcial, ya que dos sujetos serán iguales en algunas cosas pero desiguales en otras. Por ello, Alexy habla de la "igualdad y desigualdad valorativa", la cual deberá ser relativizada de dos formas: debe ser una igualdad valorativa "relativa a igualdades (desigualdades) fácticas parciales", y tiene que ser una igualdad valorativa "relativa a determinados tratamientos". Y finalmente, debe existir un criterio de valoración que nos permita constatar qué cosa es igual y cuál es desigual desde el punto de vista valorativo<sup>24</sup>. La diferenciación con respecto a la igualdad de tercera

<sup>19</sup> ALEXY, Robert: Op. cit. pág. 385

<sup>20</sup> KAMMLER, Jörg: "El Estado Social" en *Introducción a la Ciencia Política*, coord.. Wolfgang Abendorth y Kurt Lenk, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971.

<sup>21</sup> SARTRE, Jean Paul: "¿Somos una Democracia?" en *Problemas del Marxismo I*, Editorial La Página, Buenos Aires, 2004, pág. 61

<sup>22</sup> RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pág. 24

<sup>23</sup> ALEXY, Robert: Op. cit. pág. 386

<sup>24</sup> ALEXY, Robert: Op. cit. pág. 388

generación es sutil: la de cuarta viene a poner un freno al poder discriminador del legislador. Se buscará la racionalización, la desigualdad justificada. No es en la sustancia en que se diferencian, sino en la esencia.

Quizá el aspecto diacrónico aclare este concepto: primero se aceptó sin más el poder discriminador del legislador; después, en el marco de un Estado Social *Racional* de Derecho, se va a abandonar la confianza en el principio de legalidad. Para el Derecho Penal, Ferrajoli nos habla de un principio de legalidad en sentido estricto y un principio de legalidad en sentido amplio. Debe entonces distinguirse la legitimación jurídica que surja internamente -de las fuentes normativas del derecho positivo- de la ético-política. Esta última se encuentra basada en fuentes normativas externas al Derecho. Sólo así será posible llegar a un modelo penal garantista<sup>25</sup>.

Hegel nos decía que la verdad de la ley humana es la validez manifiesta, al ponerse a la luz del día, "una existencia que surge para la certeza inmediata en la forma de la existencia puesta en libertad"<sup>26</sup>. Pues bien, ahora ya no deja tan tranquilos a los ciudadanos la máxima de que el Estado mismo se somete al Derecho, ahora interesará otra cosa: ¿a qué Derecho? Es un ámbito de conquistas progresivas, bajo la más clara dialéctica hegeliana: el Estado, que no logra en su individualidad su perfección sino en el todo, en todos los Estados, se acerca más a aquella perfección: se somete al Derecho, sí, pero al *buen* derecho.

#### *¿Regla, principio o "directriz política" de igualdad?*

La cuestión de los principios generales del derecho y su vinculación con las normas no es nada nueva. No obstante, se nos hace inevitable un breve desarrollo sobre la misma para la ulterior catalogación de la igualdad.

Nos parece interesante aquí aludir al tratamiento del tema que efectúa Dworkin. Su distinción entre principios, normas y directrices políticas, se enmarca en su crítica efectuada al positivismo, en tanto dicho sistema de pensamiento jurídico no presta atención a determinados estándares, utilizados frecuentemente por los operadores jurídicos, pero que no constituyen normas. Parte entonces de la premisa de que principio y norma son dos cosas diferentes.

Dentro de un concepto amplio de principios -vistos como todo estándar que no es norma- debe distinguirse la idea de "directriz política", que consiste en un estándar proponentor de un objetivo a ser logrado. Por lo general se trata de mejoras sociales, políticas y económicas. En cuanto al principio en sentido estricto, se trata del

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Ed. Trotta. Madrid, 1995. pág. 216.

<sup>26</sup> HEGEL, Guillermo: *Fenomenología del Espíritu*. Sexta reimpression, en España, Trad. Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966, pág. 263



“estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>27</sup>. La distinción entonces emergería como fruto del ámbito lógico: tanto normas como principios constituyen patrones que tienen en la mira decisiones puntuales en determinadas circunstancias, pero la diferencia radica en la orientación que otorgan: el principio se limita al estándar; la norma se basa en el sistema de la disyuntiva, esto es, si se produce el supuesto de hecho de la norma, entonces la misma debe ser aplicada (si es válida); si no se produce, entonces no se aplica<sup>28</sup>. Ello sin perjuicio de las excepciones, que vienen a confirmar la regla: siempre y cuando las mismas sean enunciadas, no dejará de ser una norma sino al contrario, será una norma mejor descripta. En los principios sucede algo totalmente diferente.

Esta prima diferencia trae como consecuencia a otra, igual de importante: los principios poseen una dimensión que está ausente en las normas, se trata de la “dimensión de peso”<sup>29</sup>. Dicha dimensión se refiere a la forma en que el operador jurídico resuelve el conflicto entre dos normas o entre dos principios. En este último caso entra a jugar el peso que cada principio posee, lo que como es de suponer, será frecuentemente motivo de discusiones. Con respecto a las normas, sin embargo, ello no sucede: frente al conflicto, una debe ser aplicada y otra no, porque sólo una de ellas será válida.

Procediendo dialécticamente, se hace necesario citar una opinión contraria, desde la perspectiva positivista. Aquí encontramos a Bobbio, para quien los principios generales son normas generalísimas. De este último sintagma, no nos interesa tanto el adjetivo como el sustantivo: “son normas”<sup>30</sup>. Ello lo sustenta en un argumento que podríamos calificar genético-funcional: genéticamente, los principios generales se encuentran de la inducción a partir de las normas, no se observa en consecuencia por qué van a dejar de llevar este calificativo; funcionalmente, su finalidad es como la de las normas, regular un caso.

Para el presente trabajo, nos afiliamos a la solución brindada por Dworkin. Similar postura toma, Alexy, quien profundiza la distinción, agregando que los principios ordenan algo que debe ser cumplido en la mayor forma posible, de acuerdo a las posibilidades

---

<sup>27</sup> El propio autor advierte que la distinción puede desmoronarse en algunos contextos en los cuales existen principios que se refieren a objetivos sociales, o si desde el punto de vista utilitarista se entiende que todo principio de justicia está portando encubiertamente determinados objetivos (felicidad para la máxima cantidad de personas), o si se cree que las directrices enuncian principios. DWORKIN, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Trad. Marta Guastavino, 5a. Reimpresión, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 72 y ss.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald: Op. cit. pág. 75

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald: Op. cit. pág. 77

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto: *Teoria do Ordenamento Jurídico* (edición en portugués), Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6ª. Edición, Ed. UnB, , Brasília, 1995, pp. 58 y ss.

fácticas y jurídicas. Se trata entonces, no de órdenes definitivas sino sólo de “mandatos *prima facie*”<sup>31</sup>. La consecuencia natural de la concepción es que no existen los principios absolutos. En un sistema en el que se consagran determinados derechos fundamentales, lógicamente se deberá negar validez a dicha índole de principios. Es necesario concebir a la Igualdad como un principio. Si fuera una norma, no tendría oportunidad la posibilidad del legislador de discriminar las distintas situaciones

### *Conclusión del capítulo*

Podemos decir que el concepto de igualdad posee una complicación inherente, la cual consiste en su multiplicidad semántica. En el plano denotativo, el único significado de “igualdad” que podríamos encontrar es “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”<sup>32</sup>. En el plano connotativo, localizado en la función emotiva del lenguaje (ya que implica una relación palabra-hablante), el significado puede variar, ya sea en el eje diacrónico –por la evolución histórica del concepto- ya en el sincrónico –por las diferentes ideas que engendra referirse a la “igualdad”.

Finalmente, haciendo una referencia a la Sociosemiótica –que se centra en las connotaciones sociales<sup>33</sup>- podemos decir que incluso el concepto de “igualdad variará según la posición socio-económica en que los interlocutores que operan con el término se encuentren. Vemos aquí la importancia de la Semiótica y la Lingüística para aclarar los diferentes conceptos y evitar así la confrontación como consecuencia de las ideologías. Ello permitirá que los interlocutores, partan de determinados conceptos en los cuales están de acuerdo - *topoi* en lenguaje aristotélico- para después efectivamente, discutir sobre conceptos en los cuales no lo están, bajo la regencia del Estado de Derecho.

### **III) Fuentes de desigualdad en el Derecho Penal**

Nos bastará aquí con hacer una breve referencia a las distintas formas en que el Derecho Penal puede generar desigualdades: a) Recordando lo dicho anteriormente, es claro que una primera forma de desigualdad podría darse como consecuencia de una desigualdad “ante la ley”, *id est*, el concepto de igualdad de primera generación. Naturalmente, aquí hacemos referencia al proceso de criminalización. Como dice Baratta, a pesar de que en todos los estratos de la sociedad se produzcan conductas criminales y de que los mayores crímenes contra la humanidad se han producido por sujetos de clases “altas”, sin embargo, la población criminal, la “clientela del sistema” está compuesta en su gran mayoría por integrantes de las clases más

---

<sup>31</sup> ALEX, Robert: Op. cit. pág. 99

<sup>32</sup> Voz: “Igualdad” en Diccionario de la Real Academia Española 22ª Edición.

<sup>33</sup> ALBANO & LEVIT & ROSENBERG: Op. cit. pág. 55

bajas de la sociedad<sup>34</sup>. En este primer tipo de desigualdad, el factor determinante será el papel de los agentes de criminalización secundaria, ya que la ley es la misma para todos.

b) El contrapunto de la antedicha desigualdad lo configura la impunidad de que gozan determinado tipo especial de delincuentes, como lo son los autores de los delitos genéricamente denominados “de lesa humanidad”. Aquí la desigualdad es consecuencia de la inoperatividad del sistema global de persecución, en consecuencia, encontramos nuevamente una desigualdad en el plano de la igualdad de primera generación. La respuesta a dicha falencia ha sido la tendencia a la creación de normas internacionales que permitan la represión de dichos delitos. Las mismas tienden a aumentar su fuerza, de modo que se plantea una eventual dicotomía entre el *ius puniendi* internacional (que tiende a ser ensanchado) y el *ius puniendi* interno<sup>35</sup> (que tiende a ser limitado), lo que pone en jaque al presupuesto básico del Derecho Penal: se aplica a personas y no a *leviathanes*. Sin embargo, ello no es así: al consagrarse normas de esta índole, como ser la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, no se están violando principios básicos del Derecho Penal, sino que se está intentando equiparar la fuerza Derecho Penal Internacional a la del Derecho Penal interno, ya que justamente la prescriptibilidad de estos delitos es una de las causas fundamentales que permiten la impunidad del delincuente internacional.

c) Es fuente de desigualdad el denominado “Derecho Penal del Enemigo”. En estos casos, los fines tradicionales del Derecho Penal no son perseguidos como consecuencia punir conductas que contradicen a la norma jurídica, sino mediante la eliminación de peligros. Esta fuente merecerá un análisis aparte.

d) Finalmente, como explica Montano, el Derecho Penal, ha ido haciendo excepciones a la protección de la vida, bajo la justificativa de la “supervaloración de la calidad de vida”. Pero por debajo de ésta, hay un escalón más bajo que consiste en la “cosificación de la vida”, vida que al poder ser creada y eliminada tecnológicamente, entonces pasa a ser tomada como “cosa”<sup>36</sup>.

#### IV) Ética y Derecho

Breve repaso de los conceptos.

La problemática que estamos tratando debe ser considerada, cuando no encarada totalmente, teniendo en cuenta aspectos éticos.

<sup>34</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 301.

<sup>35</sup> Acerca de la confrontación entre “*ius puniendi* internacional” y “*ius puniendi* interno”, ver del autor “Derecho Penal Internacional y bien Jurídico Protegido” (inédito).

<sup>36</sup> MONTANO, Pedro J.: “La Responsabilidad de Médicos y Científicos ante las Nuevas Tecnologías Biogenéticas” en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin* coord. Jesús María Silva Sánchez, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 413.

Advertía Kelsen que durante los siglos XIX y XX, se ha confundido de manera totalmente acrítica a la ciencia del Derecho con la ética, la psicología, la sociología y la ciencia política<sup>37</sup>. Pues bien, intentaremos entonces interrelacionar dichas disciplinas de la manera menos acrítica posible, para lograr lo que en definitiva es la finalidad del jurista vienés: evitar el oscurecimiento de la ciencia jurídica como consecuencia del sincretismo metódico que borra las fronteras de la Ciencia del Derecho con respecto a las demás áreas del conocimiento humano.

Dos preguntas se formula Nino en relación a la valoración moral del Derecho. La primera: ¿existen o no procedimientos racionales que puedan justificar la validez de un determinado juicio de valor?; la segunda ¿cuáles son aquellos principios morales y de justicia que permiten fallar acerca de las instituciones jurídicas y cuáles son las consecuencias de aquellos sobre las materias particulares?<sup>38</sup>.

El término "ética" procede del griego "costumbre", y de allí su tradicional vinculación con la doctrina de las costumbres<sup>39</sup>. Este concepto se acerca al de "moral", variando -e incluso intercambiándose- los contenidos semánticos de ambas nociones. De esta forma, Hegel se guarda de aclarar en la *Introducción* de su *Filosofía del Derecho* que ambos términos son habitualmente utilizados como sinónimos -p. ej. las expresiones lingüísticas kantianas-, pero que él los utilizará con significaciones disímiles<sup>40</sup>.

Un exhaustivo estudio acerca de la evolución de los conceptos de "ética" y "moral" fue efectuado por Maritain. La terminología surgiría en Sócrates, aunque en él no existe todavía un sistema filosófico elaborado: al igual que para todos los griegos, la suprema pregunta que acaparaba el ámbito de la ética es el asunto de la felicidad (*eudaemonia*) como bien principal de la vida humana; pero una felicidad que no es sólo ser favorecido por los dioses (*eutukhia*), sino que además debe ser fruto de un actuar correctamente (*eupraxis*)<sup>41</sup>.

Ferrater Mora aconseja enriquecer la lengua y mantener la independencia de los conceptos. El término moral tiene por lo general una significación más amplia. En nuestro idioma, se opone a lo físico,

---

<sup>37</sup> KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de la segunda edición del alemán a cargo de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 15

<sup>38</sup> NINO, Carlos Santiago: *Introducción a la Ciencia Jurídica* 2da. Edición, ampliada y revisada. 3ra. Reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

<sup>39</sup> FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía t. I*, Editorial Sudamericana, 1965 pág. 594

<sup>40</sup> HEGEL, Guillermo: *Filosofía del Derecho* Editorial Claridad 5ª. Edición, Buenos Aires, 1968 pág. 66

<sup>41</sup> MARITAIN, Jacques, *Moral Philosophy, An Historical and Critical Survey of the Great Systems* London: Geoffrey Bles, 1964 Parte 1 Cap. 1. 11

en ocasiones también a lo intelectual y evidentemente -desde otra perspectiva- a lo amoral e inmoral<sup>42</sup>.

¿Cómo distinguimos la moral de la ética? En el lenguaje corriente podríamos decir que la moral es asociada a un conjunto difuso de valoraciones acerca del accionar humano. Por otro lado, la ética ya abandona en principio el plano de lo difuso para transformarse en un ámbito teórico del estudio filosófico centrado justamente en la moral. Y si la moral se nos presenta como un lenguaje particular del accionar humano, entonces la ética se edifica sobre aquél, como metalenguaje de la moral, hábil para orientar al mismo tiempo el comportamiento humano cuya observación constituye -entre otros- su propio objeto.

Ahora bien, este ensayo primigenio de definición requiere precisiones. Adela Cortina nos aclara que si bien la ética se diferencia de la moral por el hecho de no atenerse a un ideal concreto, el pasaje de la moral a la ética no supone el tránsito de determinada moral al eclecticismo: el pasaje de un ámbito al otro es una cuestión de niveles de reflexión, desde uno que se centra en la acción inmediatamente, a una reflexión de tipo filosófico. La particularidad de esta última radica en que aunque pueda (y deba) dirigir la acción, sólo lo hace de modo mediato<sup>43</sup>. Finalmente, en cuanto a las corrientes sostenedoras del escepticismo ético, como consecuencia de su confianza ilimitada en el papel de la razón resultan, como demuestra Nino, completamente infundadas. El autor, luego de analizar y criticar dichas tendencias, aclara que sus conclusiones no se derivan de concepciones generales del ámbito filosófico (como podría ser el empirismo), y que ya desde el punto de vista pragmático resultan muy poco satisfactorias<sup>44</sup>.

#### *Los distintos tipos de discurso en Habermas.*

Para analizar a lo largo del trabajo el asunto que nos compete, tomaremos una tipología discursiva elaborada por Habermas<sup>45</sup>: Las cuestiones éticas, aclara el autor, no rompen con el punto de vista egocéntrico, ya que las mismas son pesadas en referencia a un sujeto particular: p. ej. "mi" vida. Desde esta perspectiva, todos los demás biografías sólo revisten importancia en la medida en que sus constelaciones de intereses aparecen relacionadas con las mías. En este ámbito, no se generan los conflictos interpersonales.

La consideración desde el punto de vista moral sólo surgirá cuando las máximas individuales pasan a ser atendidas en función de

<sup>42</sup> FERRATER MORA, José: Op. cit. pág. 233

<sup>43</sup> CORTINA, Adela: Cap. 1.1 Ética Mínima. *Introducción a la Filosofía Práctica* Prólogo por José Luis L. Aranguren Tecnos 6ª edición, España, 2000

<sup>44</sup> NINO, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición ampliada y mejorada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989 pág. 88

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen: *Erläuterungen Zur Diskursethik*, Aclaraciones a la Ética del Discurso. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo, Buenos Aires, 1991, Cap. 5.

su compatibilidad con las máximas de los demás. Pero si bien ya nos movemos dentro del discurso moral, el resultado de estas consideraciones no llegan a desvincularse de la individualidad. No pueden entonces universalizarse este tipo de conductas, ya que ello sólo procedería en el caso de que mi decisión coincidiera con las perspectivas egocéntricas de todos los demás.

A este tipo de discurso se adapta perfectamente la regla de oro de Hobbes: "no hagas al otro lo que no quisieras que te hagan a ti", máxima que no se condice con el imperativo categórico de Kant debido a que "lo que no quisieras que te hagan a ti" no es lo mismo que lo que a otro no quisiera que le hagan. Sólo una máxima que pueda ser generalizada desde la perspectiva de todos puede considerarse moralmente debida. Y precisamente en ello consisten los imperativos morales. Entonces frente a la pregunta de ¿Qué debo hacer? Se encuentra la respuesta del imperativo moral, ya que lo que debe hacerse, es lo que hay que hacer.

Frente a la pregunta ¿Qué debo hacer? Surgen tres significaciones diferentes: uno pragmático, otro ético y otro moral. El punto en común entre las tres es que siempre se trata de opción entre alternativas. El discurso pragmático consiste en la opción por determinados medios adecuados a una finalidad, de una "tecnología adecuada". El discurso "ético-existencial" consiste en una decisión valorativa, en una sugerencia acerca de cómo alguien debe comportarse en su vida. Finalmente, el discurso "práctico-moral" es el que permite optar por la solución adecuada de determinado conflicto, respetando las normas que establezcan los derechos de todos.

Siempre encontramos un deber-ser, pero con distintos matices. Así, el del primer discurso se vinculó con la libertad individual del sujeto en optar por determinada actitud, siempre basado en medios inteligentes y preferencias subjetivas; el segundo deber-ser se vincula con la autorrealización del sujeto, con su propia biografía. Sólo en el tercer deber-ser, esto es, en el del discurso "práctico-moral", la razón se autonomiza como consecuencia de que su única guía consistirá en leyes morales.

## **V) Discurso pragmático**

Antes que nada, efectuamos una aclaración: no nos introduciremos en cuestiones biológicas acerca del comienzo de la vida. Nos basta con mencionar que la literatura científica más respetada entiende que el mismo se produce con la concepción, la cual consiste en la fertilización del óvulo por el espermatozoide<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> El proceso consta de cuatro etapas bien diferenciadas. La primera es la fecundación, momento en que los núcleos de las células sexuales del hombre y la mujer se unen, dando lugar al cigoto o huevo, con veintitrés pares de cromosomas. La segunda etapa es la migración, y se produce cuando el cigoto se traslada a la trompa uterina, durando dicho período alrededor de tres días, y fraccionándose la célula en decenas. Luego viene el tránsito,

Ahora sí, comenzamos a analizar el DPA pragmático. Como decíamos, en este ámbito corresponde optar por determinados medios e incluso entre determinados fines. En este ámbito de análisis del DPA, encontramos con que se ha optado por un fin, que consiste en la protección de la madre embarazada, y por un medio, la violación del principio de igualdad.

Aquí entra a jugar la igualdad de tercera generación; el legislador parte de una diferenciación de tipo absoluta entre madre (persona humana) e hijo (ente que “es” dentro de la madre, pero al que no se lo protege porque no “es” como el resto de las personas humanas). La desigualdad de hecho que el legislador advierte es reflejada en la distinta protección que el Derecho Penal le brinda.

Otro camino de comprensión del discurso pragmático nos lo da Silva Sánchez. Sostiene que el tratamiento otorgado al concebido encaja con la teoría del Derecho Penal del Enemigo. El concebido siempre genera en sus progenitores algún tipo de expectativa. La mayor de las veces se trata de placer y bienestar, hablándose entonces de un “embarazo deseado”, siendo el concebido precisamente ese objeto de deseo. Sin embargo, el concebido también puede ser fuente de otro tipo de expectativas: de dolor, de malestar, etc. Se trata entonces del concebido “no deseado”. Se genera entonces la intención de un “desembarazo”<sup>47</sup>.

Ese concebido no deseado pasa a ser visto como un agresor como consecuencia de que amenaza con acaparar libertades y bienes de sus progenitores. Hay una dependencia vista como una carga, ya que la misma produce un displacer que no es compensado. Como bien nota el autor, en el “deseo” es que se encuentra el origen de la deshumanización. Este enemigo es un “competidor”, una “fuente indeseada de deberes sociales”. Se trata de un enemigo al que se pretenderá excluir. Y como consecuencia de todo lo anterior, si el concebido no deseado llegara a nacer, ello no es debido a la protección que le brindó el Derecho, sino a un acto virtuoso de su madre y de su entorno<sup>48</sup>.

#### *Premisas básicas del Derecho Penal del Enemigo*

Vale la pena aquí enumerar sus caracteres principales para brevemente expresar nuestra opinión acerca de su aplicación en el ámbito del aborto. La teoría del Derecho Penal del Enemigo, se construye por oposición al Derecho Penal del Ciudadano:

---

en que le cigoto flota libremente en las secreciones líquidas de la matriz. Y finalmente, luego de seis o siete días, el cigoto anida en la mucosa uterina. Es en este instante cuando se comienza a comunicar con la madre, segregando hormonas.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Los Indeseados como Enemigos: La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*” en *El Discurso Penal de la Exclusión*, Coord. Manuel Cancio Meliá – Carlos Gómez-Jara Díez, Ed. BdeF – Edisofer, Montevideo – Buenos Aires, 2006, pág. 990

<sup>48</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Op. cit. pág. 993

- El Derecho Penal del Ciudadano tiene como finalidad conservar la vigencia de la norma, mientras que el Derecho Penal del Enemigo combate peligros.

- Para el Derecho Penal del Ciudadano, el criminal sigue siendo persona, por lo que no deja de ser Derecho. En cambio, el Derecho Penal del enemigo es "Derecho" por otra cuestión: se trata de un Derecho parcial, de aquellos que se defienden contra el enemigo. Es una "coacción física" que puede llegar a ser una guerra. La limitación de la coacción se produce debido a que los derechos del enemigo no son limitados en todos sus sentidos sino en algunos, y porque el Estado no realiza todo lo necesario para combatir a su enemigo, sino que puede dejar la puerta abierta para tomar una tregua<sup>49</sup>.

- El Derecho Penal del Ciudadano ve en el delincuente a un sujeto que dañó la vigencia de la norma, pero que no por ello deja de ser ciudadano, y buscará compensar ese daño de distintas maneras. El Derecho Penal del Enemigo intentará eliminar peligros, por lo que se adelantará pasando a punir la potencialidad de peligro<sup>50</sup>.

- Se produce un adelantamiento de la punibilidad. Esto significa que la perspectiva del ordenamiento jurídico se transformará en "prospectiva" (tendiente al hecho futuro como punto de referencia) en vez de "retrospectiva", como habitualmente sucede<sup>51</sup>.

- Aparecen, además de nuevas medidas de seguridad, violaciones a los principios constitucionales de salvaguardia de la persona, como ser al prohibición de arresto ilegítimo, garantías procesales, inviolabilidad de la persona, exclusión del control jurisdiccional, etc<sup>52</sup>.

Creemos que la idea de Silva Sánchez se adecua perfectamente a la situación que estamos tratando, pero siempre desde el punto de vista *descriptivo*. Es claro que el niño es visto como un peligro para la sociedad. Es más, resulta ser una amenaza para la vida de ambos padres (en el sentido de acaparador de bienes) pero también un riesgo directo para la madre, la cual en su legítima finalidad de proteger sus bienes podría recurrir a un aborto clandestino y posiblemente salga perjudicada.

Este enemigo, es claro, no viola ninguna norma, pero igualmente es castigado. Ello es típico del Derecho Penal del

---

<sup>49</sup> JAKOBS, Günther: "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo" en Jakobs-Cancio Meliá *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pág. 33.

<sup>50</sup> Idem pág. 40

<sup>51</sup> CANCIÓ MELIÁ, Manuel: "¿Derecho Penal del Enemigo? En Jakobs- Cancio Meliá *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pág. 80

<sup>52</sup> CORNACCHIA, Luigi: "La Moderna *Hostis Iudicatio* Entre Norma y Estado de Excepción" Trad. Beatriz Romero Flores, en *El Discurso Penal de la Exclusión*, Coord. Manuel Cancio Meliá – Carlos Gómez-Jara Díez, Ed. BdeF – Edisofer, 2006, Montevideo – Buenos Aires, pág. 426



Enemigo. Sin embargo, el peligro que el fecundado provoca no constituye una eventual violación a las normas.

Pero el aspecto fundamental aquí es que para la Teoría del Derecho Penal del Enemigo, al fecundado se le niega la personalidad. No creemos que ello sea así, y el asunto será tratado *infra* en el Cap. VII.

## VI) Discurso ético-existencial

Este discurso como explicamos, no configura una decisión u opción tecnológica más. Aquí Habermas se refiere al sujeto que quiere elegir una carrera para su vida. Se tendrá que preguntar "qué clase de persona es uno y a la vez qué clase de persona quisiera uno ser". Este tipo de valoraciones ya se mueven dentro del ámbito ético. Pero deja en claro que se optará siempre en el contexto de la autocomprensión, o sea que la elección que uno haga acerca de cómo se quiere ver, dependerá en mucho de cómo lo ven los demás, de cuales son los ideales y metas en una sociedad. Yo quiero ser abogado, pero la concepción que la sociedad tiene de los abogados me lleva a que en definitiva opte por ser ingeniero.

Aplicando estos conceptos a nuestro *thema* encontramos que lo que se quiere (proteger a la madre embarazada) se puede efectuar por diversos medios, pero estos deben estar de acuerdo con los ideales, metas y valores en un contexto social determinado. La conclusión, que desde ya adelantamos, es que nuevamente se actúa acorde al principio de igualdad de tercera generación, y ello resulta sumamente adecuado a la ética imperante.

### *El hombre como signo*

Todo signo se compone de uno o más elementos en el plano de la expresión, colocados en forma convencional y correlacional con uno más elementos del plano del contenido<sup>53</sup>. Para hacer una semiótica del hombre (y aquí estamos fuera del ámbito del lenguaje), debemos partir de entenderlo en un primer momento como plano de la expresión. No debemos colocar ni al concepto filosófico, ni al religioso, ni al teológico ni otros similares, sino únicamente al concepto biológico de hombre. Se nos podría criticar que ya estamos partiendo de una semiosis particular al seleccionar una idea por encima de otras, pero es que la idea biológica de hombre, es la que más se asemeja a la propia noción de "concepto" (*conceptus*, del latín *concebire*, "lo concebido por la mente"<sup>54</sup>) como idea general y abstracta de algo.

Frente a este plano de la expresión, encontramos el correlato en los elementos del contenido. Cabe ahora hacer una aclaración: cuando nos referimos al signo "hombre", no estamos pensando en el mismo como ente físico. No obstante, será el plano del contenido el

<sup>53</sup> ECO, Humberto: Op. cit. Pág. 83

<sup>54</sup> ALBANO & LEVIT & ROSENBERG: Op. cit. pág. 49.

que genere una función semiótica particular, al entrar ambos aspectos en correlación

Mientras que el plano de la expresión (en este caso particular) permanece fijo e invariable en la evolución histórica, no sucede lo mismo con el plano del contenido. Éste ha ido variando con el correr de los tiempos. Julián Marías enseña que en la Antigüedad, el hombre se erige como un “ente peculiar” por poseer una extraña propiedad, la cual consiste en “saber” las demás cosas. Y como él se encuentra en ellas, entonces logra envolver a todas. En la Edad Media, pasa a ser un ente confeccionado “a imagen y semejanza de Dios”. Como consecuencia de ello, Dios queda envuelto en la problemática del hombre. En el Renacimiento el status del hombre avanza, tanto que Leibniz se atreve a llamarlo *petit Dieu*. En la Edad Moderna, pasa algo distinto: el hombre parece desaparecer, dejando una “prenda” suya. Se comienza a hablar de la razón, de la voluntad y términos afines, pero se deja de hablar del hombre<sup>55</sup>.

Podría caerse en el error de concebir el plano de la expresión como referente a la materia o cuerpo, y el plano del contenido referido al espíritu o alma. Sin embargo, dicho aspecto pertenece únicamente al contenido. El paradigma de distinción cuerpo-alma llegó a su punto con la filosofía cartesiana, sosteniéndose que alma y materia son dos entidades independientes, no habiendo conexión lógica entre ellas. Con Hume y Berkeley se produce un reduccionismo del alma al cuerpo. Luego Carnap dirá que es un error considerar a los procesos y estados mentales como habitando un escenario mental privado, de forma fantasmal. Y Russell que las imágenes y datos de los sentidos constituyen un tipo de material neutro, que en sí mismo no es ni mental ni físico, y a partir del cual se edificarán tanto materia como espíritu<sup>56</sup>.

#### *Función sígnica del hombre moderno*

Resulta esencial para comprender la desigualdad de trato al embrión, el inmiscuirse al menos raudamente en la forma en que las variables anteriores operan en la actualidad. En este sentido, deberán palpase creemos, dos fenómenos distintos. El primero es el discurso filosófico post-modernista.

El segundo consiste en la sacralización de la propiedad privada. Este aspecto se encuentra muy relacionado con el anterior. El capitalismo se erige como el único sistema posible, como el triunfador en la dialéctica de los distintos sistemas económicos. Si bien la imposición de dicho régimen ya ha lleva más de un siglo, es en la actualidad que ha pasado a ser visto como designio cumplido, como *Fin de la Historia*, en términos de Fukuyama.

---

<sup>55</sup> MARÍAS, Julián: *Historia de la Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, Pp. 300 y 301.

<sup>56</sup> AYER, Alfred Jules: *El Concepto de Persona*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1969, pág. 124 y ss.

¿En qué consiste el plano del contenido del hombre actualmente? Se trata de un objeto de mercado. El mismo hombre se ve como tal, se siente como cosa a ser empleada, con éxito o no en el mercado. Su principal finalidad será venderse exitosamente. Si las cosas hablaran, dice Fromm, a la pregunta de "¿quién eres?", un automóvil contestaría "Soy un automóvil", o más específicamente "Soy un Cadillac". A la misma pregunta, el hombre contesta "soy un empleado", "soy un abogado". Deja de sentirse como un sujeto con amor, con dudas, con ideas, para transformarse en una abstracción. Su alma y su cuerpo constituyen su capital y la finalidad de su vida será invertirlos y "sacar utilidad de sí mismo". Y naturalmente, su sentido propio de valor no dependerá de él, sino de factores ajenos, siendo el principal la valoración que haga el mercado, decidiendo acerca del valor de dichas mercancías<sup>57</sup>. Y mucho antes ya advertía Ortega que la sociedad de masas "es una misma cosa con la desmoralización radical de la humanidad"<sup>58</sup>. En definitiva, el hombre deja de ser como decía Protágoras, la medida de todas las cosas, para pasar a ser medido por el mercado, como el resto de las cosas no-hombres.

¿Cuál es el valor de cambio de la vida embrionaria? Al formular esta pregunta no nos referimos a los motivos de esa concepción, la cual puede responder a las más diversas hipótesis, como la mera la voluntad de formar una familia, de perpetuar la familia, al interés de poseer un trabajador más o al de cobrar una determinada renta por el Estado.

En el párrafo anterior, hablamos *ex professo*, de "voluntad" al referirnos a la familia, mientras que en las demás hipótesis se habló de "interés". Este último término contiene una carga ideológica distinta. En la terminología de Pottier, dicho semema posee en el plano connotativo (virtuema) semas vinculados al sistema capitalista, como puede ser también sememas similares como "beneficio" o "utilidad". Sin embargo, perfectamente podríamos haber hablado del "interés de formar una familia".

Con todo esto, a lo que queremos llegar es que la voluntad o interés de tener un hijo en la actualidad se caracteriza por, sea cual fuere el motivo particular, por ser vista en términos del binomio riesgo/utilidad. En la formación de una familia, no deja de ser menos importante lo anterior: si el hijo nace, p. ej. con alguna discapacidad, se trató de un riesgo que no produjo una utilidad: esa familia no será completa, quizás no será ni siquiera familia. Lo importante es que el interés o deseo de concebir un hijo, tiene relevancia hasta el preciso momento en que este es concebido. A partir de allí, todo juicio de valor debe hacerse desde la perspectiva del concebido, quien pasa a

<sup>57</sup> FROMM, Erich: *Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea*, Décima primera reimpresión, , Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pág. 122.

<sup>58</sup> ORTEGA Y GASEET, José: *La Rebelión de las Masas*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985, pág. 139.

ser un fin en sí mismo. Naturalmente, ello no es tenido en cuenta en la terrible situación de la violación, en la cual el aborto es justificado por la mayoría de las personas.

Encontramos manifestaciones de lo anterior en las denominadas acciones "*wrongful birth*" y "*wrongful life*". La primera es la interpuesta por los padres de un niño nacido con discapacidad contra su médico. Se fundamenta en la no realización por parte de este, de una serie de exámenes que hubieran detectado a la incapacidad y por tanto, le hubieran permitido realizar las intervenciones necesarias para eliminarla. Hasta aquí no existe ningún inconveniente, ya que es evidente que los conocimientos de la medicina deben aplicarse para permitir una vida sana. El hecho de que el sujeto pasivo de dicha intervención se encuentre dentro o fuera del útero no puede significar un obstáculo. En todo caso, desde el punto de vista del Derecho Penal, se podría argumentar que existe un consentimiento presunto<sup>59</sup>.

La segunda es interpuesta por el hijo (o por sus representantes legales) nacido con alguna dolencia contra el médico, con motivo de su incumplimiento de proveer a su sanación antes del nacimiento cuando la misma fuera posible. Pero lo que el niño alega no es que como causa de la negligencia del médico, el niño está sufriendo una incapacidad, sino que como sostiene la jurisprudencia norteamericana, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, el demandante no hubiera nacido para soportar la angustia que le produce su enfermedad<sup>60</sup>. Se cuestiona entonces la existencia de un derecho "a no nacer". La profesora Deana A. Pollard comenta que esta acción no es admisible desde la perspectiva del elemento "daño" ya que ninguna vida puede considerarse dañosa y porque la existencia siempre es preferible antes que la no existencia<sup>61</sup>. Esta cuestión es tratada claramente por Malherbe, quien enseña que las acciones plantean un conflicto de valores, pero no con respecto a la desgracia o felicidad del niño a nacer, sino entre el deber de respeto a la vida humana (incluso a la discapacitada) y la felicidad (o podríamos decir utilidad) de los padres. "¿Tenemos (....) el derecho

---

<sup>59</sup> "A diferencia del consentimiento, que excluye ya el tipo, el consentimiento presunto es una causa de justificación. En efecto, mientras que el consentimiento es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo". ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos de la Teoría del Delito* Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

<sup>60</sup> ALONSO PARREÑO, María José: "Demandas Judiciales por Nacimiento con Discapacidad (*wrongful birth*, *wrongful life*): Perspectiva Jurídica". El artículo se encuentra disponible en el sitio web: <http://www.down21.org/legislacion/temasinteres/demandasjudic/perspjuiridica.htm#1>.

<sup>61</sup> Citado en VENTURINI, Beatriz & TABAKIAN, Marcela: "¿Existe el Derecho a No Nacer?", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, vol. 36, FCU, Montevideo, 2006, pág. 701.

de sacrificar por nuestra felicidad el respeto de la vida humana disminuida?"<sup>62</sup>.

Ahora bien, la acción "*wrongful birth*" también es deducida por los padres, fundamentalmente en Estados Unidos, con el argumento de que de haber conocido la incapacidad que su hijo iba a sufrir, entonces hubieran abortado. Naturalmente que para la procedencia del reclamo, el aborto no debe conformar un tipo delictivo. Este tipo de situaciones, que parecen provenir del *Centro de Incubación y Condicionamiento del Estado Mundial* huxleyiano, responden claramente a la función sígnica del hombre en el post-modernismo

## VII) Discurso práctico-moral

En el caso anterior nos mantenemos en el horizonte moral en sentido restrictivo, esto es, en directa vinculación con las concepciones individuales de cada sujeto. Recién ahora nos sumergimos en el plano de la universalidad y del imperativo categórico kantiano. Ahora sí, frente a la pregunta de "¿qué medios debo utilizar para proteger a la madre?" las respuestas girarán en torno al plano del deber ser. Y las mismas serán autónomas en la medida en que antes que nada el sujeto sea libre, pero además responda simultáneamente a la ley moral. Aquí Habermas critica a Kant en el sentido de que este último pensó en una voluntad omnipotente antes que autónoma. Para poder haberla visto como autónoma debió haberla situado en el dominio de lo inteligible, "pero en el mundo, como sabemos, la voluntad autónoma sólo cobra eficacia en la medida en que la fuerza motivacional dimanante de las buenas razones logre imponerse contra el poder de otras clases de motivos"<sup>63</sup>. Es siguiendo este consejo habermasiano que expusimos en el plano de cada discurso, los motivos subterráneos de los mismos.

El principio de igualdad de cuarta generación, cuya diferenciación del de tercera no resultaba tan claro, surge ahora en toda su expresividad. Aquí es donde debe hallarse la verdadera justificación a la discriminación efectuada por el legislador.

### *La persona no humana y el humano no persona*

No se desconoce que el feto sea persona, sino que esta premisa es admitida por todos. Ninguna madre, tenga o no voluntad de terminar con la existencia de su hijo, cree que está concibiendo algo que no es persona. El sintagma "persona humana" puede ser visto como una tautología, en la medida en que no podrían existir personas que no pertenezcan a la especie humana. Si nos atenemos al primer significado que le da la Real Academia Española (22<sup>a</sup> edición), ello es confirmado, en tanto persona es el "individuo de la especie humana".

<sup>62</sup> MALHERBE, Hugo: *Estatuto Personal del Embrión Humano: Ensayo Filosófico Sobre el Aborto Embriopático*, FCU, Montevideo, 1990, pág. 94 y ss.

<sup>63</sup> HABERMAS, Jürgen: Op. cit. pág. 147

Sin embargo, como dice el filósofo español contemporáneo Gustavo Bueno, se trata de conceptos diferentes, distinguiendo al "hombre" de la "persona humana". Afirma, que a nadie se lo ocurriría decir que los restos del neandertal hallados hace unos años corresponderían a una persona humana. Por eso no se habla de la "persona de Neandertal" sino del "hombre de neandertal"<sup>64</sup>.

Continuando en este sentido, tomaremos un rumbo un tanto distinto al del Filósofo, y nos centraremos en la etimología. El término deriva del latín *persona* (máscara utilizada por un actor o personaje teatral, a su vez deriva del etrusco y del griego *πρῶπων*, *prospera*). En cuanto a "humano", su etimología se deriva nuevamente del griego *hummus*, lo que es consecuencia del mito de que el primer hombre fue hecho con tierra o lodo. Se trata de dos ámbitos totalmente diferentes. Un *australopithecus* como la famosa Lucy, de los primeros seres en el proceso de hominización, naturalmente es un *hummus* muy similar al nuestro. Sin embargo, está ausente la persona, está faltando esa *prospera* que nos hace ser lo que somos y no otra cosa. Evidentemente no nos adentraremos en cuestiones filosóficas profundas, por lo que nos basta con quedarnos con ese concepto diferenciador que gráficamente nos lo da la *prospera*.

Relegados a lo óntico, nos hallamos entonces frente a dos ámbitos totalmente diferentes del ente. Lo "humano" responde a como el ente es. Se trata de un predicado de ese ente. La pregunta por el ser, enseña Heidegger, ha caído en el olvido, cuando paradójicamente nuestra época se tilda de reafirmante de la metafísica<sup>65</sup>. Ahora no nos interesa utilizar al "ser" en sentido nominal sino en sentido verbal, como denotando la existencia.

¿Existe el fecundado? ¿"Es" el fecundado? Depende como concibamos a ese "es". El DPA admite que el fecundado "es", y esa existencia es de persona. Existe una *prospera*, pero se niega la calidad de humano. Frente a esta afirmación surgen dos preguntas diferentes: ¿cómo sabemos que niega ello, y no niega directamente la personalidad? Y ¿por qué la niega? Invertiremos el orden: con respecto a la última interrogante, no es más que un método utilizado, que encaja en el discurso pragmático o en todo caso en el ético existencial. Pero aquí nos interesa la primera pregunta, ya que si es posible argumentar claramente que el DPA admite la personalidad pero niega la pertenencia a la especie humana, entonces la consecuencia inevitable será que se está incurriendo en una desigualdad. Es una persona (porque ya tiene esa máscara) pero no es humana, porque no se ha formado.

---

<sup>64</sup> BUENO, Gustavo: "¿Por qué es absurdo otorgar a los simios la consideración de Sujetos de Derecho?" en El Catoblepas N° 5, mayo 2006, Sitio web: <http://www.nodulo.org/ec/2006/n051p02.htm>. Este tema es tratado en profundidad por el autor en *El Sentido de la Vida*, Ed. Pentalfa, Oviedo, 1996.

<sup>65</sup> HEIDEGGER, Martin: *Ser y Tiempo* Ed. Universitaria, Santiago, 1997, Cap. 1 § 1.

Y la prueba más cabal de ello, radica en la importancia del factor cronológico del DPA. Dicho factor siempre está presente en lo relacionado al aborto. Lo encontramos en nuestro p. ej. Código Penal permitiendo determinadas excusas absolutorias según el número de meses de embarazo, y también el en proyecto de Ley de despenalización. Se cree entonces que con el paso del tiempo, la criatura se va humanizando. Y la mayor ficción de todas radica en la suposición de que el ente se humaniza en el momento del nacimiento, en el pasaje de lo intra uterino a lo extra uterino (la mera existencia de un delito de aborto diferente al delito de homicidio demuestra esta ficción).

Sin embargo, lo que debe guiar a la Ley en su protección del ser humano, no es el ámbito del "humano" sino el ámbito del "ser persona". Es evidente que el cigoto, y luego el feto, no han desarrollado todo su organismo y no han alcanzado la totalidad que caracteriza a lo humano. Es cierto, ese *humus* todavía no se completó.

Se incurre en un doble error:

a) *negar que desde la concepción al nacimiento haya un humano, no hay humus*. Si ello fuera así, tampoco sería humano el sujeto que como consecuencia del cáncer perdió un pulmón, o que luego de un accidente de tránsito perdió un brazo. Pero este error no es tan grave como el siguiente:

b) *afirmar que efectivamente estamos ante una persona* (no humana) y discriminarla al grado de permitir, de legitimizar su homicidio. Y justamente, lo que hace digna a la persona, no es su *humus* sino su *prospera*.

*Algunos animales como personas no humanas*

Sumamente relacionado con el aspecto anterior, se encuentra la situación de varios Estados que han aprobado leyes otorgando personalidad a determinados animales, en particular a los simios, como consecuencia de la semejanza genética con los humanos<sup>66</sup>. Luego de venir estudiando el tema que nos compete, no podemos más que sorprendernos: ¿se le niega la humanidad al concebido persona humana o se lo reconoce persona e igualmente se lo mata, y en simultaneo se reconoce la personalidad de algunos animales! Se trata de paradojas difícilmente explicables de la sociedad. Quizá debamos recurrir, haciendo un enfoque diltheyano, a la sicología:

---

<sup>66</sup> "El primer estudio del genoma completo del chimpancé y su comparación con el humano representan un tesoro de información sobre la biología humana y los mecanismos de la evolución, aseguraron ayer los científicos del Consorcio Internacional para el Genoma del Chimpancé al presentar el trabajo que publica la revista Nature. Esta investigación concluye que los chimpancés y los humanos tienen en común casi el 99% de la secuencia básica del ADN. Trabajos anteriores han fijado en seis millones de años el tiempo que llevan evolucionando por separado chimpancés y homínidos (el único superviviente de los últimos es el Homo sapiens actual)" en Diario "El País" de Madrid, 01/09/2005

enseña Carl Jung que en la modernidad, el hombre se pone a salvo por medio de un "sistema de compartimentos" contra la realidad de ver a su propio dominio dividido. Algunas zonas de su vida exterior y de su conducta se sostienen en "cajones cerrados" que nunca se enfrentan entre sí<sup>67</sup>.

Analizando la epojé eidética en Husserl, Ana María Brusa recuerda a Bobbio y su opinión al respecto de la nueva actitud de la sociedad ante los animales y su protección. Parecería entonces que los animales son iguales a las personas al menos en su capacidad de sufrir<sup>68</sup>. La referencia surge como en el marco de la "parificación asemejadora y la consiguiente modificación intencional en Husserl.

Gustavo Bueno le efectúa una dura crítica a estas tendencias argumentando de acuerdo a su sistema (el "materialismo filosófico"<sup>69</sup>), lo que evidentemente ahora no nos interesa, y luego calificándolas de redundantes -porque otorgan una protección que los animales ya poseen- y además inane -porque no tienen en cuenta que es imposible otorgar algo (derechos, en este caso) a quien no tiene capacidad de recibirlo-. Las tendencias no han escapado tampoco a la crítica de Habermas, quien sostiene que del principio de universalización no es posible la consecuencia de extender a todas las criaturas con capacidad de sufrir la norma de no causar dolor a los demás, ya que ese principio sólo exige tener presente a los intereses de todos quienes podemos suponer que cada uno de ellos tiene la capacidad de tomar el punto de vista de todos los otros. Tampoco podría explicarse porqué no pueden torturarse los animales pero sí matarse<sup>70</sup>. En definitiva, la cercanía entre determinados animales y la persona humana se da en el ámbito del *hummus*, pero en absoluto la *prospera* por lo que estas atribuciones de derechos no tienen nada que hacer.

### VIII) Otra forma de desigualdad: el diálogo en el DPA

No podíamos finalizar este trabajo, en el cual intentamos referirnos a la Teoría del Lenguaje, sin abordar en forma muy breve el diálogo del DPA. ¿Cómo es tratado el auditorio? Muy lejos estamos de la "situación ideal de diálogo" de Habermas. Nos adentramos en un terreno cargado hipercodificación y de retórica en el mal sentido de la palabra. Porque como dice Eco, el hecho de que la misma constituya un elemento crucial en la modernidad para la interpretación del discurso no axiomatizado, no significa que persistan ciertas ejecuciones aberrantes<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> JUNG, Carl: *El Hombre y sus Símbolos*, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1977, pág. 80

<sup>68</sup> BRUSA, Ana María: *Husserl y la Intersubjetividad*, FCU, Montevideo, 2007, pág. 22

<sup>69</sup> El complejo sistema del autor es desarrollado en *Ensayos Materialistas*, Ed. Taurus, Madrid, 1972.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen: Op. cit. pág.186.

<sup>71</sup> ECO, Humberto: Op. cit. pág. 389



Antes que nada, se vulneran numerosas reglas del discurso práctico general. P. ej. Alexy enuncia las siguientes: Quien se propone tratar a "A" diferentemente de que a "B" debe dar una argumentación para ello. Esto lo implica las propias reglas de la lógica. De esta forma, la protección de la vida de "A" (madre embarazada, persona humana), tan profunda que hasta permite un homicidio, colide con el diferente trato dado a "B" (concebido, persona humana), y no se otorgan para ello argumentos válidos. Otra regla es: Quien trae a colación determinada afirmación que no ha sido objeto de la discusión, debe justificar ese accionar. Precisamente, es una constante en las argumentaciones del DPA, el traer a la discusión aspectos que no guardan ninguna relevancia con el tema a tratar. Claro ejemplo de ello son las referencias a los "intereses" de la Iglesia Católica. La explicación de esta referencia constante podría encontrarse en el bajo nivel de popularidad que la Iglesia (todos los cultos en general) poseen en nuestra sociedad<sup>72</sup>.

### *DPA y Derechos Humanos*

El DPA se refiere constantemente a los Derechos Humanos. Haba se pregunta de que viven los que hablan de Derechos Humanos, a lo que responde que pueden darse tres situaciones: hay quienes viven "para" defender los Derechos de terceros; otros que viven "con" esos derechos; y finalmente, aquellos que viven "del" discurso de Derechos Humanos. En este caso, claramente el DPA encaja con la última modalidad. La forma de hablar responde a juegos de tipo lingüístico cuya gramática está mentada para resultar eufemística y celestial. Son entonces fórmulas absolutamente vacías, discurso emocionalizante<sup>73</sup>. ¡Y vaya si será discurso eufemístico el del DPA que su *slogan* es "queremos despenalizar el aborto pero no queremos el aborto"!

### *Inventio, dispositio y elocutio del DPA*

Se trata de las tres fases del discurso en la tradición grecolatina. La *inventio* constituye el primer momento, en el cual se concibe el contenido y se seleccionan ideas y argumentos<sup>74</sup>. En la *dispositio* son elegidas y ordenadas en forma adecuada las figuras y

---

<sup>72</sup> Tomando como referencia al Estado de procedencia del autor -Uruguay- las encuestas demuestran que el 54% de la población no va nunca o casi nunca a la Iglesia; sólo el 4,3% va más de una vez a la semana; el 52,5% se considera religioso; el 49,6% cree que la Iglesia es poco o nada importante; el 17,4% piensa que la religión es una cualidad a alentar en los niños; 13,9% son miembros activos de una organización religiosa; 44,2% tiene poca o ninguna confianza en la religión (mientras que el 43% tienen poca o ninguna confianza en la Televisión. Fuente: "World Value Survey", Estudio Mundial de valores. Los datos de Uruguay se corresponden al período entre 1994 y 1999. Información disponible en la página web de la investigación: <http://www.worldvaluessurvey.org/>

<sup>73</sup> HABA, Enrique: "¿De que viven los que hablan de Derechos Humanos?" en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26, Alicante, 2003, pág. 872.

<sup>74</sup> BERISTÁIN, Helena: *Diccionario de Retórica y Poética*, 7ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 266

construcciones lingüísticas de que el orador dispone<sup>75</sup>. Finalmente en la *elocutio* se produce la expresión lingüística de los pensamientos hallados y dispuestos en las fases anteriores<sup>76</sup>.

Como advierte Eco, mientras que en el discurso retórico clásico se utilizan en las tres fases respectivas a premisas probables explícitas, entimemas explícitos y esquemas generativos, en el discurso ideológico se manejan en cambio premisas probables implícitas, entimemas ocultos y expresiones ya generadas<sup>77</sup>. En la primera fase, mientras que el discurso retórico debe hacer explícita la utilización de premisas probables, el ideológico las hace implícitas: El DPA parte de premisas como el número de abortos efectuados en nuestro país, que podría catalogarse ya no de probable sino de improbable<sup>78</sup>. Sin embargo, ello es asumido como una realidad incontestada por el auditorio.

En la segunda fase se utilizan los entimemas en forma oculta. Se trata de silogismos truncados en los cuales por sobreentenderse una de las premisas, sólo existen dos de las proposiciones. P. ej. nosotros somos liberales y estamos a favor del aborto, la Iglesia Católica está en contra. La conclusión queda librada al auditorio, aunque la misma ya fue prevista en la elaboración del discurso. Del mismo modo, se insertan en los textos legales del DPA asuntos que no están relacionados con el tema principal. P. ej. el actual Proyecto de Despenalización que goza de media sanción en nuestro Parlamento, incluye materias como el deber del Estado para garantizar los "derechos sexuales y reproductivos de toda la población", la Equidad en materia de género", la "educación sexual". Entonces quien está en contra del DPA también se opone a todo este conjunto de elementos, lo que surge de manera implícita.

Finalmente, es recurrente la utilización de la metáfora y la metonimia, ya no como esquemas generativos con fines pedagógicos, sino como expresiones ya generadas. En la metáfora existe como explica Eco, una identidad infrasemémica, esto es, de los semas que conforman un semema<sup>79</sup>. De este modo se dice: quien está en contra del aborto es machista. La metáfora radica en que se sustituye un semema (DPA) por otro semema (discurso feminista) ya que poseen ambos un sema en común: los dos discursos tienen como finalidad conceder derechos a las mujeres. Pero sucede que el sema que

---

<sup>75</sup> BERISTÁIN, Helena: Op. cit. 156

<sup>76</sup> BERISTÁIN, Helena: Op. cit. 164

<sup>77</sup> ECO, Humberto: Op. cit. pág. 387

<sup>78</sup> Basta escuchar al DPA en el parlamento o en cualquier ámbito, y se constatará que los oradores prácticamente en simultáneo manejan cifras totalmente disímiles. Además, como explica Montano, en el Uruguay se llegó a hablar de 150.000 abortos anuales (*y aclaramos que hoy las cifras manejadas son incluso superiores*) lo que resulta imposible sencillamente imposible por razones demográficas. MONTANO, Pedro: "El aborto debe seguir siendo delito" en *Tribuna del Abogado*, mayo, Montevideo, 2002, pág. 20.

<sup>79</sup> ECO, Humberto: op. cit. 395.

tienen en común no es lo suficientemente fuerte como para sustituir un semema por otro.

## **IX) Conclusiones**

Los corolarios obtenidos han sido volcados a lo largo del trabajo, por lo que aquí nos bastará con enunciar esquemáticamente a lo más relevante:

C.1 Sostener que el concebido recibe un tratamiento desigual es una mera realidad de hecho que no requiere más argumentación.

C.2 Como en toda discusión es necesario dejar en claro sobre qué premisas nos vamos a desplazar. Por ello, el "Principio de Igualdad" debe verse como haciendo referencia aspectos heterogéneos, los cuales deben ser sistematizados tanto sincrónica como diacrónicamente para evitar las ambigüedades semánticas y sintácticas tan propias del Derecho.

C.3 Es posible referirnos a distintas "generaciones" del "Principio de Igualdad" utilizando en nuestro provecho la polisemia del lexema al insinuar tanto el elemento cronológico como el clasístico.

C.4 En la actualidad, se hace imperioso reclamar un "Principio de Igualdad de cuarta generación", que tienda a permitirle al legislador la discriminación, pero que no se contente con el paradigma del Estado de Derecho y el Principio de Legalidad, sino que exija a un Estado *Racional* de Derecho.

C.5 El discurso del Derecho Penal genera múltiples desigualdades.

C.6 En los discursos "pragmáticos" y "ético-existencial" (según la clasificación de Habermas) es posible encontrar los fundamentos del DPA, pero es recién en el "ético-moral" en el cual podemos criticar sus soluciones siempre en el plano del deber ser.

C.7 El DPA, bajo el fundamento de que el concebido no nacido no se hominizó completamente (persona que todavía no llegó a ser humana) permite que sea eliminado. Sin embargo, incurre en un doble error: antes que nada, el concebido ya es humano. Y lo más importante: aún reconociendo que se trata de una persona, la trata desigualmente. El DPA en conclusión parte de múltiples concepciones erróneas y realiza a partir de las mismos, razonamientos equívocos. Ello es combinado con una utilización perspicaz del discurso ideológico, lo que le otorga mayor cimiento a la peroración. Entonces es pasible divisar un primer ámbito de análisis lógico-discursivo que demuestra la invalidez del razonamiento pro abortista. Luego de lo expuesto anteriormente, puede concluirse que desde todos los puntos de vista, se trata de un discurso inmoral.

C.8 Es posible encontrar en el DPA, elementos de tipo ideológico que atentan contra una situación de diálogo racional necesaria en un Estado de Derecho.

## X) Bibliografía

ALBANO & LEVIT & ROSENBERG: *Diccionario de Semiótica*. Ed. Quadratta, Buenos Aires, 2005

ALEXY, Robert: *Teoria da Argumentação Jurídica* (edición en portugués), Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Livraria Editora e Distribuidora, São Paulo, 2001

ALONSO PARREÑO, María José: "Demandas Judiciales por Nacimiento con Discapacidad (wrongful birth, wrongful life): Perspectiva Jurídica". El artículo se encuentra disponible en el sitio web: <http://www.down21.org/legislacion/temasinteres/demandasjudic/perspjuiridica.htm#1>.

AYER, Alfred Jules: *El Concepto de Persona*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1969

BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004

BERISTÁIN, Helena: *Diccionario de Retórica y Poética*, 7ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1995

BOBBIO, Norberto: *Teoria do Ordenamento Jurídico* (edición en portugués), Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 6ª. Edición, Ed. UnB, , Brasília, 1995

BRUSA, Ana María: *Husserl y la Intersubjetividad*, FCU, Montevideo, 2007

BUENO, Gustavo: "¿Por qué es absurdo otorgar a los simios la consideración de Sujetos de Derecho?" en *El Catoblepas* N° 5, mayo 2006, Sitio web: <http://www.nodulo.org/ec/2006/n051p02.htm>. Este tema es tratado en profundidad por el autor en *El Sentido de la Vida*, Ed. Pentalfa, Oviedo, 1996.

CANCIÓ MELIÁ, Manuel: "¿Derecho Penal del Enemigo? En Jakobs- Canció Meliá *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003

CORNACCHIA, Luigi: "La Moderna *Hostis Iudicatio* Entre Norma y Estado de Excepción" Trad. Beatriz Romero Flores, en *El Discurso Penal de la Exclusión*, Coord. Manuel Canció Meliá – Carlos Gómez-Jara Díez, Ed. BdeF – Edisofer, 2006, Montevideo – Buenos Aires

CORTINA, Adela: Cap. 1.1 Ética Mínima. *Introducción a la Filosofía Práctica* Prólogo por José Luis L. Aranguren Tecnos 6ª edición, España, 2000

D'AMATO, Anthony: "Is Equality a Totally Empti Idea?" en *Michigan Law Review*, Vol. 81No. 3, Michigan, 1983

DAHL, Robert: "Equality versus Inequality", *Political Science and Politics*, American Political Science Association. Vol. 29, Número 4. Diciembre, Washington D. C. 1996

DWORKIN, Ronald: "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 3, Princeton University Press, 1981

DWORKIN, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Trad. Marta Guastavino, 5a. Reimpresión, Ariel, Barcelona, 2002

- ECO, Humberto: *Tratado de Semiótica General*, Trad. Carlos Manzano, Quinta Edición, Ed. Lumen, España., 2000
- FASSÓ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho t. 1 Antigüedad y Edad Media*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Ed. Trotta. Madrid, 1995
- FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía t. I*, Editorial Sudamericana, 1965
- FROMM, Erich: *Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea*, Décima primera reimpresión, , Fondo de Cultura Económica, México, 1976
- HABA, Enrique: “¿De que viven los que hablan de Derechos Humanos?” en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26, Alicante, 2003
- HABERMAS, Jürgen: *Erläuterungen Zur Diskursethik*, Aclaraciones a la Ética del Discurso. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo, Buenos Aires, 1991
- HEGEL, Guillermo: *Fenomenología del Espíritu*. Sexta reimpresión, en España, Trad. Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1966
- HEGEL, Guillermo: *Filosofía del Derecho* Editorial Claridad 5ª. Edición, Buenos Aires, 1968
- HEIDEGGER, Martin: *Ser y Tiempo* Ed. Universitaria, Santiago, 1997
- JAKOBS, Günther: “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo” en Jakobs- Canció Meliá *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003
- JUNG, Carl: *El Hombre y sus Símbolos*, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1977
- KAMMLER, Jörg: “El Estado Social” en *Introducción a la Ciencia Política*, coord.. Wolfgang Abendorth y Kurt Lenk, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971.
- KELSEN,Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de la segunda edición del alemán a cargo de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982
- KÜHNEL, Reinhard: “El Liberalismo” en *Introducción a la Ciencia Política*, coord. Wolfgang Abendorth y Kurt Lenk, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971
- MALHERBE, Hugo: *Estatuto Personal del Embrión Humano: Ensayo Filosófico Sobre el Aborto Embriopático*. FCU, Montevideo, 1990.
- MARÍAS, Julián: *Historia de la Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1993
- MARITAIN, Jacques, *Moral Philosophy, An Historical and Critical Survey of the Great Systems* London: Geoffrey Bles, 1964
- MCNALL BURNS, Edward: *Civilizaciones de occidente. Su historia y cultura. T.1*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte 1947
- MELIANTE GARCÉ, Luis: *Semiótica y Derecho Penal*, Prólogo de Oscar Sarlo, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2003
- MONTANO, Pedro J.: “La Responsabilidad de Médicos y Científicos ante las Nuevas Tecnologías Biogenéticas” en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin* coord. Jesús María Silva Sánchez, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997

- MONTANO, Pedro: "El aborto debe seguir siendo delito" en *Tribuna del Abogado*, mayo, Montevideo, 2002
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción a la Ciencia Jurídica* 2da. Edición, ampliada y revisada. 3ra. Reimpresión. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987
- NINO, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición ampliada y mejorada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989
- ORTEGA Y GASEET, José: *La Rebelión de las Masas*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985
- PERELMAN, Chaim: *Lógica Jurídica* Trad. Virginia K. Pupi, Ed. Martin Fontes, 3a ed. São Paulo, 2000
- RAWLS, John: "Justice as Fairness" *The Philosophical Review*, Vol. 67 N° 2, Cornel University, Nueva York, Princeton, 1958
- RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974
- RECASENS SICHES, Luis: *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2ª. Edic., Ed. Porrúa, México D.F., 1973
- ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos de la Teoría del Delito* Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SARTRE, Jean Paul: "¿Somos una Democracia?" en *Problemas del Marxismo I* Editorial La Página, Buenos Aires, 2004
- SAUSURRE, Ferdinand de: *Curso de Lingüística General*, Traducción, prólogo y notas de Amado Alonso, 24ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1945
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "Los Indeseados como Enemigos: La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*" en *El Discurso Penal de la Exclusión*, Coord. Manuel Cancio Meliá – Carlos Gómez-Jara Díez, Ed. BdeF – Edisofer, Montevideo – Buenos Aires, 2006
- VENTURINI, Beatriz & TABAKIAN, Marcela: "¿Existe el Derecho a No Nacer?", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, vol. 36, FCU, Montevideo, 2006
- WESTEN, Peter: "The Empty Idea of Equality" *Harvard Law Review* 537 n° 95, Massachusetts